

# 離婚慰謝料についての一考察

田 中 通 裕

第一章 はじめに

第二章 わが国における離婚慰謝料

I 判例の概観

II 離婚慰謝料をめぐる理論上の問題

第三章 フランスにおける離婚給付制度と離婚慰謝料

I ナポレオン法典から一九七五年の新離婚法に至るまで

II 一九七五年の新離婚法から二〇〇四年の改正に至るまで

III 二〇〇四年の改正

第四章 結び

離婚慰謝料についての一考察

六一

## 第一章 はじめに

離婚に際して、離婚当事者の一方が他方に慰謝料を請求することがある。この離婚に伴う慰謝料には、離婚を招いた有責行為による精神的苦痛に対する慰謝料（離婚原因慰謝料）と、離婚したこと自体による精神的苦痛に対する慰謝料（離婚自体慰謝料）が含まれるとするのが一般的であるが、多くの判例は、両者を明確に区別せず、一括して処理している。<sup>①</sup>

これらの慰謝料は、「財産分与」制度が存在しなかった旧法時代には、とりわけ妻の保護のために一定の役割を果たした。しかし、戦後の民法改正により財産分与制度が導入されることになり（民法七六八条）、慰謝料の果たす役割が減少するとともに、理論上の問題が生起することになった。理論上の問題として、まず議論の俎上に載せられたのは、慰謝料が財産分与に含まれるのかどうか（慰謝料と財産分与の関係）であった。この点をめぐっては、「包括説」と「限定説」の対立を軸として学説が細かく分かれ、華々しい議論が展開されたが、最高裁（最判昭四六・七・二三民集二五・五・八〇五）は、理論的には「限定説」に立ちながら、柔軟かつ現実的解決を図った。また後述のように、学説によって、このような慰謝料（とくに離婚自体慰謝料）の内容・法的性質を明確化する試みもなされている。しかし、必ずしも明確な答えが出ているわけではない。他方で、そもそも離婚慰謝料を認める必要があるのかとの根本的疑問も提起されるに至っている。

本稿は、フランス法における離婚慰謝料（「離婚によって生じる精神的損害の賠償」）についての判例・学説・立法を参考にしつつ、わが国における上のような離婚慰謝料をめぐる課題を解決するための検討を行うものである。

る。フランスでは、ナポレオン法典の制定以降、離婚および離婚給付をめぐる制度が多くの変容を余儀なくされたが、その過程のなかで離婚慰謝料もその影響を受けながら命脈を保っている。フランスにおける離婚給付制度の変遷を辿りながら、それとの関連で離婚慰謝料の意義・役割を考察することは、わが国の離婚慰謝料をめぐる課題やその帰趨について、一定の示唆を与えることになる<sup>(3)</sup>。

(1) 鈴木真次『離婚給付の決定基準』五三頁(弘文堂、一九九二年)。

(2) 本稿六五頁参照。

(3) 離婚給付をめぐる、フランス法以外の外国法研究には、(アメリカについての)石原善幸『アメリカにおける離婚給付の研究序説』(晃洋書房、二〇〇〇年)、(ドイツについての)本沢巳代子『離婚給付の研究』(一粒社、一九九八年)などがある。

## 第二章 わが国における離婚慰謝料

### I 判例の概観

わが国の裁判例の多くは、「不貞行為」、「夫の暴力」など、一定の有責行為が離婚の原因であると認定した上、慰謝料請求を認容している。これらの有責行為ごとに最近の裁判例(平成元年以降のものに限定する)を整理すると、次のようになる<sup>(1)</sup>。

「不貞行為」の例としては、次のようなものがある「カッコ内の金額は慰謝料認容額―③を除きすべて夫の不貞行為の事案である。①は「不貞行為」のみならず、「悪意の遺棄」も認定する」。①東京高判平元・一一・二二

判時一三三〇・四八「一五〇〇万円」、②神戸地判平二・六・一九判時一三八三・一五四「六〇〇万円」、③東京高判平三・七・一六判時一三九九・四三「二〇〇万円」、④仙台地判平一三・三・二三判時一八二九・一一九「五〇〇万円」。

「夫の暴力」の例としては、⑤神戸地判平六・二・二三判タ八五一・二八二「二〇〇万円」、⑥横浜地判平九・四・一四家月五〇・七・九〇「四〇〇万円」、⑦大阪高判平一二・三・八判時一七四四・九一「夫の暴行によつて妻が右鎖骨骨折、腰椎椎間板ヘルニアの傷害を被つたと認定し、入通院慰謝料（二〇〇万円）、後遺障害慰謝料（五〇〇万円）及び後遺症による逸失利益（一一三万五〇二三円）を認容したほか、本件暴行を除く本件離婚に伴う慰謝料三五〇万円を認容した事例」がある。

その他の有責行為の例としては、⑧京都地判平二・六・一四判時一三七二・一二三「五〇〇万円―夫の性交渉拒否の事案」、⑨岡山地津山支判平三・三・二九判時一四一〇・一〇〇「二五〇万円―妻の性交渉拒否の事案」、⑩横浜地判平三・一〇・三一判時一四一八・一一三「夫の一方的・非妥協的な性質が破綻の主たる原因であるとして、夫に一五〇万円の慰謝料を命じた事例」、⑪東京地判平九・六・二四判タ九六一・二二四「婚姻破綻については夫婦双方に責任があるが、婚姻破綻が決定的となった婚姻費用分担の打ち切りは夫に全面的な責任があるとして、夫に二〇〇万円の慰謝料を命じた事例」、⑫広島高岡山支判平一六・六・一八判時一九〇二・六一「夫の一連の言動が婚姻破綻の主要因であるとして、夫に五〇〇万円の慰謝料を命じた事例」、⑬横浜地相模原支判平一一・七・三〇判時一七〇八・一四二「夫に暴力行為や不貞行為があるわけではないが、婚姻破綻に至った経緯その他諸般の事情を考慮して、夫に二〇〇万円の慰謝料を命じた事例」などがある。なお、⑭横浜地判平九・

一・二二判時一六一八・一〇九は、破綻の原因が明確でないとしながら、夫の一連の言動の中に妻に対する不法行為を構成するものも含まれているとして夫に三〇〇万円の慰謝料を命じる。

## II 離婚慰謝料をめぐる理論上の問題

離婚（自体）慰謝料をめぐる理論上の問題の一つは、その内容・法的性質についてである。この点につき判例は、離婚慰謝料を「有責行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被った」ことに対する賠償と解するとともに、それを不法行為による損害賠償ととらえている（最判昭四六・七・二三民集二五・五・八〇五）。しかし、このような不法行為による構成に対して、学説から、「離婚それ自体は不法行為にも債務不履行にも該当しない」<sup>②</sup>、「離婚そのものによって生じた損害乃至不利益に対する法律上の救済手段としては、不法行為という法的構成は十分ではない」、「（判例は）第七〇九条の解釈範囲をいちじるしく拡大」<sup>③</sup>している、などの批判が投げかけられた。このような批判説には、離婚慰謝料請求権を不法行為（ないしは債務不履行）によって根拠づけるのではなく、「調整請求権」ととらえることによって、不法・有責行為によらない離婚についても離婚慰謝料を認めるべきであるとする見解もみられた。<sup>④</sup>

他方、精神的苦痛の内容が不明確であること、離婚を悪とする価値観が薄れつつあること、財産面での生活不安は財産分与のなかで解消することが可能であること、有責性を前提とした慰謝料の請求は当事者間の紛争を激化させるとともに子にも悪影響を及ぼすことなどを理由に、そもそも離婚慰謝料を認める必要があるのかとの根本的疑問も提起されるに至っている。<sup>⑤</sup>

(1) 離婚に伴う慰謝料に関する裁判例の整理・分析は、すでに鈴木・前掲書五三頁以下、大津千明『離婚給付に関する実証的研究』六二頁以下（日本評論社、一九九〇年）、二宮周平・榎原富士子『離婚 判例ガイド』一五二頁以下（有斐閣、第二版、二〇〇五年）、千葉県弁護士会編『慰謝料算定の実務』一五頁以下（ぎょうせい、二〇〇二年）などによってなされている。なお、拙稿『離婚・不貞行為等』齋藤修編『慰謝料算定の理論』（ぎょうせい、二〇一〇年）も参照されたい。

(2) 小山昇「離婚慰藉料と財産分与の諸問題」判タ二九四号六七頁（一九七三年）。

(3) 川島武宜「離婚慰藉料と財産分与との関係」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究（上）』二七〇、二七九頁（有斐閣、一九五七年）。

(4) 小山・前掲六八頁。山島正男「判批」判評一五九号一三三頁（一九七二年）も、不法行為とみるなら、双方無責や双方有責（有責性が同一）の場合には慰謝料の余地はないが、このような場合でも慰謝料を請求してもよい場合があるとする。

(5) 二宮・榎原・前掲書一六二頁以下、本沢巳代子・前掲書五九頁以下、二一六頁以下など参照。なお、成澤寛「離婚慰謝料概念とその必要性」戸時五四〇・五四一・五四七・五四九号（二〇〇二年）は、離婚慰謝料の内容・性質・機能をめぐる学説・判例を丹念に整理・分析した上、離婚慰謝料という概念は不必要であるとする。

### 第三章 フランスにおける離婚給付制度と離婚慰謝料

#### I ナポレオン法典から一九七五年の新離婚法に至るまで

(1) フランスでは、ナポレオン法典制定後、王政復古 (Restauration) によりカトリックが国教と宣言されるに伴い、一八一六年五月四日の法律によって離婚が禁止されるに至るが、第三共和制のもと一八八四年四月一八

日の法律によって離婚が復活した（この離婚法は有責主義に立つものであった）。

一八八四年法以降一九七五年の新離婚法までは、離婚が成立すると、その財産的效果として、夫婦財産制（ *régime matrimonial*）の解消、有責配偶者についての婚姻利益の喪失（民法典二九九条—以下、本章における条項はフランス民法典のそれである）とともに、有責配偶者による扶養定期金（*pension alimentaire*）の支払義務（三〇一条）が発生した。この「扶養定期金」についての民法典三〇一条は、次のように規定する。

「もし夫婦が相互に何らの利益をも付与しなかったとき、または約定された利益が離婚判決を得た夫婦の一方の生存を確保するに十分であるとみられないならば、第一審裁判所は、他方配偶者の財産から、他方配偶者の収入の三分の一を超えない扶養料を当該配偶者に与えることができる。この定期金は、それが必要でなくなったときには、取り消されうる」<sup>(1)</sup>。

この時期における離婚給付の中核は、この扶養定期金であった。しかし、扶養定期金の法的性質について学説の対立が生じた。<sup>(2)</sup> まず、それを婚姻中の救護義務（*devoir de secours*—二二一条）の離婚後への「生き残り」と説明する「扶養義務説」が主張される。しかし、この説は、なぜ救護義務が婚姻関係の完全な崩壊後に生き延びるのかの疑問に答えることができなかった。<sup>(3)</sup> 次いで、不法行為に基づく損害賠償であると説明する「損害賠償説」が主張される。そこでの損害は、「有責配偶者が自らのフォート（*faute*—過失・非行）によって離婚をやむなくしたため、生存するに十分な資力をもたない他方配偶者に惹起した損害」と説明される。<sup>(4)</sup> しかしこの説も、扶養定期金についての給付要件・給付内容のすべてを説明できない。そこで、扶養定期金には「賠償的」性質のみならず「扶養的」性質の両面があるとする見解が支配的になっていく。この見解は、扶養定期金の次のような特徴

をその「賠償的」性質から導く。①「離婚判決を得た夫婦の一方」（＝無責配偶者）のみが扶養定期金を請求しうること、②扶養定期金の支払債務は、有責配偶者の死亡後その相続人に承継されること（判例—*Cir.* 24 oct. 1951, D. 1952. 577）など。また逆に、「扶養的」性質から次のような諸点が説明される。①債権者が困窮していることおよび債務者に資力があることが必要であり、債権者の困窮度および債務者の資力に応じて算定される（債務者の収入の三分の一という上限が設定されているが）こと、②扶養定期金は改定されうること、③支払債務は債権者たる配偶者の死亡によって消滅することなど。<sup>(5)</sup>

(2) 他方で、無責配偶者が、扶養定期金とは別に、離婚の原因となった有責行為（虐待、傷害、姦通など）から生じる損害の賠償を、不法行為の一般規定（一三八二条）に基づいて有責配偶者に請求できることは、判例が認めるところであった。<sup>(6)</sup>しかし、離婚そのものから生じた損害の賠償が認められるか争いが生じた。このような損害について、判例は三〇一条の扶養定期金によって賠償されるにすぎないと解していたため、学説の批判を受けることになった。その結果、一九四一年四月二日の法律（一九四五年四月一二日のオルドナンスにより有効とされた）が、民法典三〇一条に、次のように規定される第二項を追加することになる。

「離婚が宣告される配偶者によって支払われるべきすべての他の賠償とは別に、裁判官は、離婚判決を得た配偶者に婚姻の解消によって惹起された財産的または精神的な損害についての損害賠償を付与することができる」。

この損害賠償は、有責配偶者が無責配偶者に対して、離婚（婚姻解消）によって生じる損害を賠償することを目的とする。三〇一条一項に規定される扶養定期金がこのような損害の一つの側面を賠償するとしても、それ以外の損害も離婚によって発生しうる。そこで、二項が追加され、このような損害も賠償されることが規定され



ることになったのである。<sup>(7)</sup>ここに、扶養定期金(三〇一条一項)および「離婚原因となった有責行為から生じる損害」の賠償(二三八二条)とは独立した、「離婚によって生じる損害の賠償」の制度が登場することになった。この賠償の対象となりうる損害には、財産的損害と精神的損害がありうる。<sup>(8)</sup>

(1) 本条の訳文は、水野紀子「離婚給付の系譜的考察(一)(二・完)」法協一〇〇巻九・一二号一六四一頁(一九八三年)から引用した。

(2) このような扶養定期金の法的性質をめぐる学説の対立とその分析については、水野・前掲一六四一頁以下参照。

(3) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome 2, 1952, n° 637.

(4) A. Colin, H. Capitant et L. Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, tome 1, 1957, n° 1207.

(5) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.*, n° 1208-1209.

(6) J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 2, 1969, p. 152. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.*, n° 1210.

(7) Carbonnier, *op. cit.*, p. 152.

(8) 水野・前掲一六四七頁以下は、このような「離婚による損害賠償」を提唱した学説や立法者には、「離婚慰謝料を中心とした無責配偶者の得る離婚給付を拡大したいという」希望が存在していたことを指摘する。また、「離婚による損害」のうちの財産的損害は、「無責配偶者がこうむった地位の劣悪化に基本的には集約される」こと、精神的損害の根拠として挙げられるのは、「宗教的起源をもつ離婚への忌避観、ひいては離婚者に対する差別視の存在」と「家庭の崩壊が必然的にもたらす精神的苦痛の存在」であることなども指摘される。

## II 一九七五年の新離婚法から二〇〇四年の改正に至るまで

(1) 一九七五年離婚法は、離婚形態の多様化を図った。とくに、「破綻離婚(共同生活の破綻による離婚)」を

離婚慰謝料についての一考察

導入したところに特徴がある。<sup>(1)</sup>離婚給付についても、大きな改革がもたらされた。従来の扶養定期金についての規定(三〇一条一項)が廃止され、新たに「補償給付」(prestation compensatoire)制度が創設された。補償給付の趣旨・目的を規定する新しい二七〇条によれば、「離婚は民法典第二一二条に定める救護義務(devoir de secours)を消滅させる」が、「婚姻の解消がそれぞれの生活条件に作り出す不均衡(disparité)を可能な限り償う」ために夫婦の一方がこの給付を支払う義務を負うことになるのである。同条によれば、この補償給付は「破綻離婚」の場合には適用されない。「破綻離婚」の場合には、「離婚の請求を最初に提出した夫婦の一方は引き続き完全に救護義務を負う」(二八一条一項)と規定され、婚姻中の救護義務が離婚後も継続することになっている。<sup>(2)</sup>

(2) 一九七五年離婚法は、民法典二六六条に損害賠償についての規定を置いた。

「①離婚が夫婦の一方の一方的過誤によって言い渡されるときは、その者は、婚姻の解消がその配偶者に被らせる財産的又は精神的損害の補償として損害賠償の有責判決を受けることがある。②その配偶者は、離婚の訴えに際してでなければ、損害賠償を請求することができない」(二八六条)。<sup>(3)</sup>

新二六六条は、一九四一年に民法典三〇一条への二項の追加によって創設された制度を再導入したのである。<sup>(4)</sup>

新二六六条においても旧三〇一条二項と同様、無責配偶者のみが有責配偶者に損害賠償することができる。したがって、「双方の過誤を理由とする離婚」の場合には、この損害賠償は認められない。この損害賠償の対象となる損害についても、旧三〇一条二項のそれと同様である。しかしながら、旧三〇一条二項の対象となる財産的損害が「無責配偶者がこうむった地位の劣悪化」に集約されるなら、<sup>(5)</sup>その多くは、離婚が「生活条件に作り出す不均衡」を償うことを目的として一九七五年法によって創設された「補償給付」によって補償されることになる。

したがって、二六六条の損害賠償に占める精神的損害賠償（慰謝料）の役割が相対的に増大することになったといえる。<sup>(6)</sup>なお、二六六条二項が「離婚の訴えに際して」でなければ損害賠償できないとした点は、従来（判例は離婚後も請求できるとしていた）と異なる点である。

(3) このように、旧三〇一条二項を受け継いだ二六六条において、「婚姻の解消」によって配偶者が被った「精神的損害」の賠償がその役割を相対的に増大させることになったが、この「精神的損害」とは具体的にはどのような損害であるのか。この点について判示する裁判例には、次のようなものがある（判例①～⑤は、旧三〇一条二項の時代のものである）<sup>(7)</sup>。

① Douai 控訴院一九六二年五月一日判決（Gaz. Pal. 1963, 1, 125）は、「三〇年以上の共同生活ののちの婚姻家庭を再構築するすべての希望の決定的喪失」、「妻が属する社会階層における一定の評判・信用の低下（déconsidération）」などが精神的損害の原因を構成すると判示する。

② Paris 控訴院一九六三年六月二六日判決（Gaz. Pal. 1964, 1, 10）は、「無責配偶者である六二歳の女性が『大きな精神的孤独』に陥った」ことを精神的損害とする（精神的損害と財産的損害をあわせた賠償額は、八〇、〇〇フラン）。

③ 破毀院一九六三年二月一六日判決（J. C. P. 64, II, 13660）は、夫の「性交による」婚姻の不完遂」（non-consommation du mariage）（適切な治療による治癒が可能な性的不能による）を理由とした妻からの離婚請求および妻の尊厳への侵害があったとして妻の被った財産的・精神的損害を認容した原審を支持する。

④ 破毀院一九六四年一月四日判決（Bull. civ. II, n° 13）は、相手方配偶者の姦通・不貞によって生じる一方配偶

者に対する侮辱 (offense) を精神的損害の内容とする。

⑤ 破毀院一九七七年二月二〇日判決 (Bull. civ. II, n° 244) は、(原審が救護の権利 [droit de secours] の喪失とは異なる損害が何かを明確にしていなかったとの上告理由に對して)、本判決は、原審が「夫によって捨てられた妻にとって、その年齢、婚姻期間、裏切られた希望、過去と現在の状況の比較を考慮すれば、救護の権利の喪失とは別の明白な財産的かつ精神的損害が存在する」ことを確認していると判示する。

⑥ 破毀院一九八四年六月五日判決 (Bull. civ. II, n° 106) は、(原審が二六六条の対象とする損害が「補償給付」によってカバーされるそれと区別されるかを明確にしていなかったとの上告理由に對し)、本判決は、原審が「長い共同生活の後に妻が彼女よりも若い愛人のために捨てられた」ことを述べて精神的損害の存在を明らかにしているとして、上告理由には根拠がないと判示する。

⑦ 破毀院一九八七年五月六日判決 (Bull. civ. II, n° 99, Gaz. Pal. 1987, I, pan. p. 135.) は、「妻に損害賠償を与えるために、婚姻の解消が非常に長い結合 (そこから多くの子が生まれている) のちに生じたことを示した原判決は、夫の一方的過誤で宣告された離婚から生じる精神的損害を明確にし、その決定を二六六条に関して法的に正当化する」と判示する。

⑧ 破毀院一九九五年五月三一日判決 (D. 1996, p. 424) は、「妻が婚姻の負担 (子の育成など) の大部分を夫に委ねたまま夫婦の住所を去ったという事実を指摘するだけで、二六六条に基づく損害賠償を妻に課する原判決は、損害が婚姻の解消から発生したことを明らかにしていない」と判示する。

⑨ 破毀院二〇〇四年二月一七日判決 (n° 02-13. 061) は、「三〇年の共同生活ののちに、夫が愛人のために妻を

遺棄し、妻が離婚後、一人で障害のある成人の娘の世話をするようになった」ケースで妻の精神的損害を認めている。<sup>(8)</sup>

(4) ところで、「破綻離婚（共同生活の破綻による離婚）」の場合には、二六六条に基づく損害賠償は認められないのか。この離婚訴訟の被告も、「有責離婚」の反訴請求を提出することができるのであり（二四一条二項参照）、それが認容される場合には二六六条に基づく損害賠償を得ることができることには異論がない。しかし、「破綻離婚」訴訟の被告が、有責離婚の反訴請求を提出せずに、「扶養定期金」<sup>(9)</sup>とは別に、二六六条に基づいて、婚姻の解消によって惹起される損害の賠償を請求できるのかが問題となった。多くの学説は消極に解した。二六六条の文言からも、国民議会が立法過程において「破綻離婚」に本条の適用を拡大しようとした修正案を否定したことからも、このような見解が支持された。<sup>(10)</sup>しかし、「破綻離婚」訴訟の被告にも、婚姻の解消によって惹起される損害の賠償を認めるべきであるとする見解（以下、積極説と呼ぶ）<sup>(11)</sup>もみられた。

積極説は、一九七五年法が「フォートのない離婚」（客観的離婚）を導入したことを前提に、このような変化が損害賠償責任の根拠をも変化させ、それを客観化させるべきことを主張する。損害賠償責任の客観化は、不法行為法の領域で顕著であり、そこでは「自らの利益のため権利や自由を行使する者はそれに伴うリスクを負担するのが公平である」とする「リスク理論」<sup>(12)</sup>がその責任の根拠とされた。「破綻離婚」訴訟の原告にも、この理論に従って責任を負わせることが可能であるとされるのである。すなわち、原告は離婚請求が認容されれば、「婚姻関係から解放され、人生をやり直す」利益を得るのであり、その反面として、その訴訟に起因するリスクを負担する、とりわけ被告が婚姻の解消によって被る損害を賠償しなければならぬのである。<sup>(13)</sup>積極説は、条文上の

根拠として二三九条<sup>(14)</sup>を挙げる。このような積極説に立脚する下級審判決もみられたが、破毀院は、一九八〇年の判決で積極説を否定した(Civ., 2, 23 janv. 1980, D. 1980, 281, Sem. jur. 1980, II, 19369.)。

このように判例・通説に従えば、「有責離婚」の反訴請求を提出せずに二六六条に基づき損害賠償を請求することは否定されるが、一三八二条に基づき損害賠償を請求することは否定されない。一三八二条に基づく損害賠償は、二六六条がその対象とする婚姻解消によって惹起された損害ではなく、それとは別の損害を対象とする。

しかし、現実には両者は厳格に区別できないことも少なくないため、裁判官はしばしば一三八二条の適用としながらも、賠償額算定の自由裁量により、婚姻解消から惹起される損害も含めて賠償額を決定することもあることが指摘される<sup>(15)</sup>。もっとも、一三八二条を適用するためには、フォートの存在を証明しなければならない。「破綻離婚」訴訟の原告には不貞行為が存在することも多いが、全くフォートが存在しないケースもあり、このような場合には一三八二条は機能しない。

積極説に対する判例・学説の否定的対応を前にして、立法による解決を図る動きもみられた。二六六条一項を、次のような(傍点で示した)文言を追加する形で改正する提案がなされた<sup>(16)</sup>。

「離婚が、夫婦の一方の一方的過誤によって、又は共同生活の破綻を理由として夫婦の一方の請求に基づき、言い渡されるときは、その者は、婚姻の解消がその配偶者に被らせる財産的又は精神的損害の補償のために損害賠償の有責判決を受けることがある」。

(1) 離婚法改正の主たる目的は、離婚形態の多様化であった。一八八四年法はもっぱら有責主義(divorce-sanction)に基づく離婚法であったが、一九七五年法は、①有責主義に基づく「有責離婚」(divorce pour faute) [二四二条～二

四六条」のほか、新たに、②破綻主義 (divorce-faillite) に立つ「破綻離婚 (共同生活の破綻による離婚)」 (divorce pour rupture de la vie commune) [「三七条～二四一条」、③「同意離婚」 (divorce par consentement mutuel) [「三〇条～二二六条」]を導入した。①の「有責離婚」はさらに、「一方の過誤を理由とする離婚」と「双方の過誤を理由とする離婚」に分かれ、②の「破綻離婚」はさらに、「狭義の破綻離婚」(六年前から事実上の別居がある場合)と「精神病離婚」に分かれ、③の「同意離婚」はさらに、「協議離婚」と「認諾離婚」に分かれる。

(2) また、「その者の一方的過誤によって離婚が言い渡される」夫婦の一方も、補償給付に対する権利を失う(二八〇条の一・一項)。もともと、この場合であっても、「共同生活の期間及び他方の職業にもたらされた協力」を考慮すると、補償給付の拒否が「明らかに公平に反する」と思われるときには、「例外的補償金」(indemnité à titre exceptionnel) が付与されうる(二八〇条の一・二項)。「双方の過誤を理由とする離婚」の場合には、補償給付は認められる。

(3) 一九七五年法の各条文の訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——家族・相続関係——』(法曹会、一九七八年)に従った。

(4) R. Linton et A. Bénabent, *Le droit du divorce*, 1984, n° 916.

(5) 本章Ⅰの注(8)参照。

(6) A. Weill et F. Terré, *Droit civil*, 1983, n° 437. 水野・前掲一六七五頁。

(7) 一九四一年法までの離婚に伴う慰謝料に関する判例については、右近健男「フランスにおける離婚慰謝料について——一九四一年法前の判例の動向——」比較法研究三一号五五頁(一九七〇年)参照。

(8) Linton et Bénabent, *op. cit.*, n° 925. は、判例③④が挙げる損害が二六六条に基づくものではなく、むしろ一三八二条によるべきことを指摘する。また同書によれば、二六六条(旧三〇一条二項)に基づく精神的損害の賠償額は、一九七八年以降、概ね一〇、〇〇〇フランから六〇、〇〇〇フランの間であった(一〇〇、〇〇〇フランおよびそれを超えるものも必ずしも例外ではなかった)とされる。

- (9) 前述したように、「破綻離婚」の場合には救護義務が離婚後も継続する(二八一条)。そして、それは扶養定期金の形式をとる(二八二条)。
- (10) Weill et Terré. op. cit., n° 447.
- (11) たとえ<sup>24</sup> D. Guion, Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce, D. 1980, Chron. p 237.
- (12) たとえ<sup>25</sup>「動物責任」(一三八五条)、「建造物責任」(一三八六条)。
- (13) Guion, op. cit., n° 43.
- (14) 民法典二三九条は、次のように規定する。「共同生活の破綻による離婚を請求する夫婦(の一方)は、そのすべての負担を負う。夫婦(の一方)は、その請求において、その配偶者及び子に対する義務を履行する方法を明確にしなければならぬ」。
- (15) D. Guion, Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant d'un fait antérieur au divorce, D. 1980, Chron. p 247, n° 25.
- (16) Ibid., n° 27.

### Ⅲ 二〇〇四年の改正

(1) 一九七五年に改正された離婚法も、その後の社会変動に十分に対応できなくなり、さらに離婚法を改正する動きが現われた。やがて、二〇〇四年五月二六日の法律が離婚法を改正するに至る。二〇〇四年改正法は、離婚形態の再編<sup>(1)</sup>のほか、それまでの離婚手続や補償給付についての規定の整備も行った。

二〇〇四年法による補償給付規定の改正は、次のような点に現われている。前述したように、一九七五年法は



補償給付制度を創設したが、「破綻離婚」の場合を含む二つの場合に補償給付を拒否した。一九七五年法によると、「破綻離婚」の場合には婚姻中の救護義務が離婚後も継続することになっていたが（二八一条一項）、二〇〇四年法は、「離婚は、夫婦間の救護義務を終了させる」（新二七〇条一項）と規定したうえ、離婚事由にかかわらずすべての離婚形態において補償給付が認められることとした。<sup>(2)</sup>

（2）二〇〇四年法は、損害賠償についての二六六条一項をも次のように改正した。

「あるいは、夫婦の一方が夫婦関係の決定的変質によって言い渡される離婚の被告であり、かつ自らいかなる離婚の請求をも提起しなかったとき、あるいは、離婚がその配偶者の一方的過誤によって言い渡されたときには、第二七〇条の適用を損なうことなく、夫婦の一方が婚姻の解消の事実によって被った特別重大な諸結果の補償として損害賠償がその者に与えられる」。

なお、同条二項には、文言は若干修正されたが、離婚後の紛争を回避するために、従来と同様の趣旨の規定が維持されている。

二〇〇四年法は「過誤の帰属と離婚の財産的効果との切断」<sup>(3)</sup>を標榜したが、二六六条を廃止することはできなかった。その改正内容については、次のように、損害賠償の要件を厳格化するとともに、適用範囲を拡大したということができる。

（3）二六六条は維持されたが、以下の二つの点が従来の規定とは大きく異なることになった。

- (i) 一九七五年法では婚姻の解消によって被った「財産的又は精神的損害」が賠償の対象とされていたが、新法はその対象を婚姻解消の事実によって被った「特別重大な諸結果」（consequences d'une particulière gravité）

と規定する。<sup>(4)</sup>新法では、離婚によって「特別重大な諸結果」が惹起されなかり損害賠償は認められないのである。ここには、二六六条の損害賠償が機能する場面をできるだけ限定しようとする立法者の強い政策的意図がみられる。<sup>(5)</sup>

(ii) 一九七五年法は損害賠償が認められる場合を「離婚が夫婦の一方の一方的過誤によって言い渡されるとき」のみとしていたが、新法は、「夫婦の一方が夫婦関係の決定的変質によって言い渡される離婚の被告であり、かつ自らいかなる離婚の請求をも提起しなかったとき」をも加えて、二六六条の損害賠償が認められる場合を拡大した。一九七五年法は「破綻離婚（共同生活の破綻による離婚）」につき「苛酷条項」（旧二四〇条）を有していたが、新法では「夫婦関係の決定的変質による離婚」につき「苛酷条項」が廃止されたため、その代わりに、離婚を課せられる被告の苦しみを考慮して損害賠償が認められたのである。これは、いわゆる「苛酷条項の損害賠償への置き換え」であり、「苛酷条項が金銭的補償に取って代わられた」ともいえる。<sup>(6)</sup>

(4) 二〇〇四年法によるこのような改正は、改めて二六六条の根拠を何に求めるべきかの問題を提起した。とりわけ新法によって改正された二六六条がフォートに基づかない責任（無過失責任）を承認したのかどうかが問われることになった。二六六条の適用範囲を「破綻離婚」の場合に拡大しようとする動きは、すでに一九七五年改正の際にもみられた。しかし、それが採用されなかった理由は、損害賠償を認めるためにはフォートの存在が必要であるが、「破綻離婚」を請求する行為は「法的可能性の利用」にすぎないのであり、そこにフォートがあるとは考えられないという点に存した。そして、一九七五年法のもとでは、この損害賠償はフォートを有する配

偶者を制裁する機能を果たすものととらえられた。<sup>(8)</sup>これに對して、二〇〇四年法の立法者が上記(ii)の改正を行ったのは、二六六条の損害賠償をはじめてフォートから切り離したとも考えられたのである。<sup>(9)(10)</sup>

(1) 二〇〇四年法は、次の四つの離婚形態を規定する。①「有責離婚」[二四二条～二四六条]（「有責離婚」を廃止する法案もみられたが、結局は維持された）、②「夫婦関係の決定的変質による離婚」[divorce pour altération définitive] [三三七条・三三八条]（従来の「破綻離婚（共同生活の破綻による離婚）」がこのように名称を改めるとともに内容も大きく変更された）、③「承認される離婚」(divorce accepté) [三三三条・三三四条]（従来の「同意離婚」から「認諾離婚」が独立し、若干の変更が加えられるとともにこのように名称を改めた）、④「同意離婚」[二三〇条～二三二条]（従来の「協議離婚」）。

(2) もっとも、新二七〇条は、衡平の観点から例外的に裁判官が補償給付を拒否しうる二つの場合を規定している。一つは、「二七一条に規定される基準を考慮して」（二七一条は補償給付額の決定基準を規定する）拒否する場合であり、いま一つは、「離婚がこの給付の利益を請求する夫婦の（一方の）一方的過誤によつて言い渡されたときに（婚姻）崩壊の特別の事情に照らして」（同条三項）拒否する場合である。たとえば、後者の規定によつて、より富裕な夫婦の一方は、他方の明白な重大性を有する過誤（たとえば暴力）の被害者である場合に補償給付を免れることになる。二〇〇四年法の標榜する「過誤の帰属と離婚の財産的効果との切斷」という観点からは、例外的にであれこのような拒否事由を残したことは不徹底のそしりを免れないが、立法者にはこのような場合にまで補償給付を認めることがかえつて不衡平を招くとの判断があつたのであろう。

(3) 離婚が夫婦間の贈与または夫婦財産制上の利益に及ぼす影響について規定する、新二六五条はその一例である。新しい二六二条の一、二六五条の一も参照。

(4) 新法は、旧法のように明文で「財産的又は精神的損害」が賠償の対象であることを規定しないが、その点は変わりがない。

- (5) Hubert Bosse-Platière, *Domages et intérêts (Droit de la famille sous la direction de P. Murat)*, 2007, n° 136. 31.
- (6) J. Massip, *Le nouveau droit du divorce*, 2005, n° 157.
- (7) (一九七五年法までの民法典三〇一条二項を含め)「二六六条の根拠については、それを「私的罰 (peine privée)」とする説と「二三八二条の特別な適用」とする説との対立があった。
- (8) Bosse-Platière, *op. cit.*, n° 136. 16. J. Carbonnier, *Droit civil*, 2, 1977, p. 201.
- (9) また、上記(i)のように、「婚姻解消の事実によって被った「特別重大な諸結果」のみを賠償の対象とするのは、フォートによって損害を発生させた者は被害者が被った損害のすべてを賠償する責任を負うとする民事責任の一般原則に反することにもなる(とりわけ「夫婦の一方の一方的過誤」による離婚の場合に正当化が困難になる)」との指摘がある。Bosse-Platière, *op. cit.*, n° 136. 31. Massip, *op. cit.*, n° 157.
- (10) なお、カルボニエ(Carbonnier)は、「二六六条の根拠を不法行為に求める」とに疑問を呈し、その損害賠償を「婚姻Ⅱ契約の濫用的解約(résiliation)」に基づくものとする」とも可能であることを示唆する。J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. I, 2004, p. 1371.

## 第四章 結 び

I わが国とは異なりフランスでは、離婚(婚姻解消)によって生じる損害の賠償については、明文規定での対応が図られた。その始まりは、一九四一年法による民法典三〇一条二項の追加によってであった。この時期の離婚給付の中核は「扶養定期金」であったが、立法者は離婚給付を拡充させるために「離婚によって生じる損害の賠償」制度を登場させた。その後、一九七五年の新離婚法は「扶養定期金」を廃止し、新たに「補償給付」制度を創設した。「離婚によって生じる損害の賠償」制度は民法典二六六条に維持されるが、その損害賠償の対象と

なる財産的損害の多くは「補償給付」によってカバーされることになり、二六六条の損害賠償の「補償給付」に対する補充性が強化されると同時に、二六六条における精神的損害の賠償Ⅱ慰謝料の役割が（財産的損害の賠償に対して）相対的に増大することになった。しかし、このように精神的損害の賠償を中心とすることになった二六六条も、さらに二〇〇四年の改正により、離婚によって「特別重大な諸結果」が惹起されなかり損害賠償は認められないという形で限定され、ますます例外的なものと位置づけられることになった。当初、離婚給付の拡大という役割を期待された「離婚による損害の賠償」制度は、その後の離婚給付の充実（「補償給付」の創設・発展）により、その役割を低下させていったのである。

しかし他方で、二〇〇四年法は、「夫婦関係の決定的変質による離婚」の場合にも損害賠償を認める形で、二六六条の適用範囲を拡大した。この改正は、有責行為Ⅱフォートを根拠として、フォートを有する配偶者を制裁するという二六六条の損害賠償の根拠や機能を揺るがすことになった。

二〇〇四年の改正以降、廃止論<sup>①</sup>もなくはないが、二六六条は維持され現在に至っている。しかし、二六六条の今後については、「二六六条に基づく損害賠償の領域は将来かなり制限されえよう。離婚の効果は、本質的には補償給付に依拠されるべきであり、二六六条へのそれはますます稀になる<sup>②</sup>」との指摘がなされるところである。

二六六条の今後を占う意味で、二〇〇四年以降の判例（とくに判例によって示される「特別重大な諸結果」の具体的内容）の分析は不可避であるが、本稿では果たせなかった。今後の課題とするとともに、二六六条の立法動向にも注目したい。

Ⅱ (1) 離婚に伴う財産給付制度としてフランス法には、二七〇条の「補償給付」、一三八二条の損害賠償、二六六条の損害賠償の三種類が存在するのに対応して、わが国においても、理論上、「財産分与」(日本民法七六八条)、「離婚原因慰謝料」(日本民法七〇九条)、「離婚自体慰謝料」の三種類が存在する(慰謝料と財産分与の關係についての「包括説」はともかくとして)。わが国でも、離婚給付の充実とともに慰謝料がその役割を低下させていったことは否定できない。

わが国の旧法下において、離婚給付についての規定は実現されなかった(旧民法・旧法の法案には離婚扶養の規定がみられた)。そこで、判例は、「慰謝料」の名目で離婚後の夫婦の一方(多くの場合は妻)の救済を図った。この「慰謝料」には、扶養的要素、清算的要素なども盛り込まれることになった。やがて、戦後の民法改正によって「財産分与」規定が新たに導入され、かつての「慰謝料」に期待された多くの役割が財産分与に取り込まれ、「慰謝料」はその本来の意義・機能に純化していった。さらに、戦後の学説・判例<sup>③</sup>によって、財産分与制度の充実が図られており、離婚慰謝料の必要性が大きく減少していくことは否定できないであろう。離婚慰謝料の廃止の主張も、その将来の方向性を示すものとして肯定的に評価できる。しかし、今直ちに、離婚慰謝料を認める必要がないとまでいえるかどうかについては、財産分与の充実度、男女平等社会の実現度、国民意識などを含め、さらに議論する余地がある。

(2) わが国では、離婚から生じる精神的損害の賠償(離婚自体慰謝料)が、判例によって認められている。しかし、これにはフランス法のように、明文規定は存在しない。そのため、その法的根拠がより強く求められなければならないが、その点の解明は十分になされているとはいえない。最高裁は、その根拠を不法行為に求めている

る。しかしながら、下級審の判例には、夫婦の一方に明確な不法行為がない場合にも、離婚慰謝料を認めるものが散見される。上掲の判例のなかでとくに疑問に思われるのは、夫婦の一方に明確な不法行為が存在しないものの、夫婦の有責性の程度を相对比较して、より有責性の高い方に離婚慰謝料を負担させるケース（第二章Ⅰの裁判例⑩⑪⑬）である。このような場合にも離婚慰謝料を認めることは妥当なのであろうか。また、たとえばそうだとすると、その法的根拠が求められよう。そもそも、離婚自体慰謝料の対象となる精神的損害とは何であるのかも、必ずしも明確ではない。<sup>(4)</sup>

ところで、フランスでは、二〇〇四年法による二六六条が、「夫婦関係の決定的変質による離婚」の場合の損害賠償（慰謝料）を新たに設けるに至った。これは、（破綻離婚主義の導入により離婚を強制されることになった）無責配偶者が、離婚を請求する相手配偶者に対しその者が無責であったとしても、（その有責性を根拠とするのではなく、いわば離婚の代償としての）慰謝料を求めることを認めようとするものであり、有責行為から切り離された離婚慰謝料であるとの意味で興味深い。この規定はフランス法の離婚（訴訟）構造の特質を背景にもつものではあるが、わが国においてもこのような趣旨の離婚慰謝料を認める必要が全くないのか検討の余地がない。わが国における離婚慰謝料の根拠をめぐる議論にも、一定の示唆を与えよう。

- (1) 離婚によって生じる損害の賠償が、補償給付ないしは一三八二条の損害賠償によって可能であることを示唆して、二六六条の廃止を主張する学説がある。Federica Udin, *Indemnités entre époux divorcés: faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil?*, RJPf 2006-2/12, p. 6.
- (2) Bosse-Platière, *op. cit.*, n° 136. 13.

(3) 近時の学説によって主張される、財産分与における「補償」という要素の強調は、このような観点から評価される。このような学説として、水野紀子・前掲論文(二・完) 七五頁参照。

(4) 離婚慰謝料により慰謝される精神的苦痛の内容には、①「離婚による社会的評価の低下」、②「結婚生活に対する期待感が侵害されたこと」、③「将来の生活不安」、④「子を手放すことによる心痛」などがあることがすでに指摘されている(瀬川信久「判批」法協九一卷一号一一七頁(一九七四年))。③については、将来、女性の経済的自立が確立されれば(あるいは少なくとも財産分与制度の充実が進めば)、解消(ないしは軽減)されることになろう。①については(前述のようにフランスの比較的古い判例にもこの点を指摘するものが存した)、離婚や離婚した者に対する偏見は薄れつつあるし、④についても、離婚後の共同親権の立法化や面接交渉の充実により軽減化が可能であると思われる。



# Réflexion sur la réparation du préjudice moral résultant du divorce

Michihiro TANAKA

- I . Introduction
- II . La situation au Japon
  - (1) La vue générale sur la jurisprudence
  - (2) L'examen de la doctrine
- III . La situation en France—Son évolution et la situation actuelle—
  - (1) Le Code Napoléon et la loi du 2 avril 1941
  - (2) La loi du 11 juillet 1975
  - (3) La loi du 26 mai 2004
- IV . Conclusion